

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	HÉCTOR JAIME QUICENO HOYOS
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 020 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 020 2021 00012 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 185 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma y adiciona

Hoy, **veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Héctor Jaime Quiceno Hoyos**, código de radicado único nacional 05001 3105 **020 2021 00012** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del año en curso, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado en acta N° **026**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., restableciéndose las cosas al estado en que se encontraban antes de tal acto, entendiéndose siempre vinculado al RPM administrado por Colpensiones y, se condene a la AFP a entregar a Colpensiones debidamente indexados, la totalidad de aportes efectuados, con los rendimientos financieros, cuotas de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, prima de reaseguros FOGAFIN y primas de seguros por invalidez y sobrevivencia; se ordene a COLPENSIONES recibir los recursos a restituir e incluirlos en su historia laboral. Pide también condena en costas y agencias en derecho.

Como sustentos de hecho, afirma en síntesis, que nació el **06 de septiembre de 1960**, con afiliación al ISS el 01 de diciembre de 1981, cotizando un total de **937 semanas**. El **26 de noviembre de 1999**, **Porvenir S.A.** lo indujo en error al firmar el traslado al RAIS, con efectividad a partir del **01 de enero de 2000**, *sin informarle de manera suficiente, oportuna, clara, coherente, certera, comparativa, debida y completa su consentimiento, sin conocimiento preciso y claro de las consecuencias del traslado, haciéndole creer que obtendría una mesada más ventajosa que en el RPM, de manera anticipada, afirmándole... que se le ofrecía en el momento era una oportunidad única de acceder a la pensión de vejez en las condiciones prometidas, por cuanto desaparecería el Instituto de Seguro Social, sin que hubiera lugar a la creación de una nueva entidad que lo reemplazaría en su función de administrador del RPM,* omitiéndose por la AFP **la obligación legal de brindarle una información oportuna, transparente, clara y suficiente**, sobre aspectos como las reglas bajo las que se liquida la mesada en el RAIS, en concreto incidencia de factores financieros, de existencia de cónyuge e hijos, y como se liquida en prima media; no se le efectuaron proyecciones aritméticas ni comparativos, ni se le informó la obligación de acumular una

considerable suma de dinero en la cuenta de ahorro individual para financiar su pensión; tampoco se le explicaron las condiciones para obtención de garantía de pensión mínima, las deducciones que del aporte se harían para gastos de administración, la posibilidad de que su cuenta tuviera rendimientos negativos, la posibilidad de retracto, no se le dio la oportunidad de formular preguntas, ni se le efectuó reasesoría previo al cumplimiento de 52 años. Que en respuesta a derecho de petición formulado el 05 de marzo de 2020, Porvenir le indicó que *al momento de realizar la asesoría, el asesor informa verbalmente al afiliado: las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen*, lo cual no sucedió, y tampoco se contaba con soportes físicos de la información; que al resolversele petición de proyección de mesada en el RAIS se le indicó que su capital resultaba insuficiente para financiar prestación equivalente al 110% del salario mínimo a los 62 años, y frente al valor de la mesada en el RPM a la misma edad, se abstuvo de emitir pronunciamiento argumentando que dicha determinación es propia de tal régimen. Que el 05 de marzo de 2020 radicó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen, resuelta desfavorablemente por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión, quedando así agotada la reclamación administrativa.

En auto del **16 de marzo de 2021**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de la existencia de la actuación las entidades convocadas por pasiva allegaron escritos de contestación, así:

AFP Porvenir S.A., no le consta la fecha de nacimiento del demandante, debiéndose probar con documento idóneo; tampoco le consta la afiliación al RPM, *se trata de un hecho que relaciona a la parte demandante con un tercero ajeno*. Sobre la vinculación a esa AFP, dice que se dio en el año 1999, **de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños**, *después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público...- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100*

*de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT, y tal como se desprende de la Circular 019 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera, la única exigencia para que se entendiera materializado y válido el traslado de régimen pensional, era la expresión de voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario; la misma entidad en concepto del 29 de diciembre de 2015, indicó que el deber de asesoría por parte de las AFP solo fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y del Decreto Reglamentario 2555 de 2010, precisando que al tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS se encuentran establecidas en la ley sin que este dado a las partes pactarlas de manera diferente. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, insistiendo en que brindó al demandante la debida asesoría, y para el momento en que petitionó el retorno al régimen público se encontraba dentro de la restricción legal de los 10 años para la edad de pensión. Manifestó **oposición** a las pretensiones, expuso los hechos, fundamentos y razones de defensa, y formuló las **excepciones** de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación a esa entidad y el número de semanas cotizadas; la respuesta que entregó Porvenir a derecho de petición del 05 de marzo de 2020 frente a los soportes de información al momento del traslado, al igual que lo indicado sobre la proyección de pensión en el RAIS y lo dicho para no efectuarla en el RPM, la solicitud de retorno al régimen público, la respuesta negativa y con ello, el agotamiento de la reclamación administrativa. Los demás supuestos no le constan. **Resistió** las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación

de traslado entre regímenes pensionales, prescripción, innominada, compensación e imposibilidad de condena en costas.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito el **27 de mayo del año en curso**, declarando ineficaz el traslado que del RPM al RAIS efectuó la demandante, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en su consentimiento al momento de afiliarse al régimen administrado por la AFP Porvenir S.A., porque su decisión no fue libre y voluntaria, al no habersele dado la debida ilustración sobre las implicaciones de tal acto en su derecho pensional y efectuársele comparativo con el RPM, teniéndosele siempre válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; **condenó** a la AFP Porvenir S.A. a *que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a...- COLPENSIONES- el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esta administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.* Condenó a Colpensiones a recibir los aportes que se le devuelvan por parte de Porvenir S.A., como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS como semanas que deberán reflejarse en su historia laboral; declaró imprósperas las excepciones formuladas por las demandadas, salvo la imposibilidad de condena en costas propuesta por Colpensiones; quedando estas a cargo de Porvenir S.A., fijando el monto de las agencias en derecho; ordenó el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

Contra tal decisión manifestaron inconformidad, mediante **recursos de apelación**, los apoderados de las demandadas, así:

AFP Porvenir S.A., pide su revocatoria total, al radicar la inconformidad del demandante no con el deber de información sino con el monto de la pensión, lo que no es óbice para declarar la ineficacia del traslado, al no estar previsto tal supuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, precepto que dispone que la ineficacia debe pedirse ante el Ministerio del Trabajo y no en los estrados judiciales.

En cuanto al deber de información señala que, conforme a la normativa vigente a la fecha de la movilidad entre regímenes, la AFP si bien estaba en obligación de brindar ilustración clara, completa y comprensible, no era imperativo conservar documentos distintos al formulario de afiliación, tanto así que la Superintendencia Bancaria en Circular 019 de 1998, manifestó que se entendía materializado y válido el consentimiento emitido con la sola suscripción de formulario, como se acreditó, por lo que no se puede deducir falta a este deber, estando la exigencia de aportar prueba documental en contravía con el debido proceso, además de no estar obligada a lo imposible, por eso se trajo el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, del que se hace aprovechamiento de la inversión de la carga de la prueba, pues es fácil manifestar que no se brindó, o no se recuerda la información al momento del traslado, y tampoco se tienen en cuenta los actos de relacionamiento, conforme lo explica la Corte Suprema de Justicia, ya que cuando hay traslado entre varios fondos no queda duda de la intención de permanencia del afiliado en el RAIS, sin que se pueda limitar a la primera asesoría, pues deben tenerse en cuenta las actuaciones en el RAIS, y tampoco se puede deducir la ineficacia por no tener la información de las características señaladas por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2018 hasta la fecha, toda vez que era una situación que no se podía prever, ya que estos pronunciamientos surgen mucho tiempo después del traslado, ni se puede dar aplicación al deber de información en los términos

de la Ley 1748 del 26 de diciembre de 2014, luego no es posible exigencia distinta al formulario de afiliación, haciéndose alusión al artículo 15 del Decreto 656 de 1994, y adiciona, que no era viable declarar la ineficacia por el desconocimiento de la ley, ya que ello no sirve de excusa al tener carácter erga omnes, por tanto es obligación de cada afiliado conocer las incidencias de la normativa en lo que atañe a sus características especiales en cada caso en específico, por lo que no se puede deducir la ineficacia del traslado.

En lo concerniente a la devolución de dineros distintos a aportes y rendimientos, señala que en el RPM también se destina el 3% como comisión a financiar gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivencia, sin que estos rubros financien la pensión de vejez y tampoco pertenecen al afiliado, por lo que se ven afectados por el fenómeno de la prescripción, recordando que la Superintendencia Financiera, ente regulador de los fondos privados, manifestó de manera clara en concepto del 15 de enero de 2020, que cuando se declarara la ineficacia del traslado las únicas sumas a devolver a Colpensiones son las cotizaciones y los rendimientos, sin hacer mención a los gastos de administración, primas de seguro previsional o fondo de garantía de pensión mínima, y de quererse reclamar los seguros se debió citar a la aseguradora, lo que no ocurrió, poniendo de presente que se cumplió con el deber de cobertura en los riesgos de invalidez y sobrevivencia al demandante, por lo que la devolución de tales dineros genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que no hay norma legal o constitucional que disponga tal restitución y por el contrario, el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993 lo que dice es que se deben devolver aportes y rendimientos, correspondiendo los gastos de administración a la AFP por la excelente gestión en la generación de rendimientos abonados a la cuenta de ahorro individual como lo establece la ley, por lo que insiste en la revocatoria de la sentencia atacada.

Colpensiones, solicita revocar en forma total la decisión al ser esta entidad un tercero ajeno al negocio jurídico del demandante con el fondo privado, por lo que no puede verse perjudicado por el error en que incurrió al haber realizado el traslado de manera libre y voluntaria, y por ende su manifestación resulta infundada porque no existió culpa, ni se ejerció fuerza al momento de firmar el formulario, que llevara a la ineficacia del traslado, como quedó demostrado, por lo que resulta totalmente adversa una condena a Colpensiones en un asunto en el que no tuvo injerencia alguna, máxime que implica recibir a un afiliado que no ha aportado al RPM, lo que conlleva su descapitalización, pues los aportes que se percibirían del fondo del RAIS son dineros deteriorados por el paso del tiempo, y al momento en que se haga acreedor a una pensión resultan insuficientes para su financiación. En lo referente a las cuotas de administración, si se ratifica la declaratoria de ineficacia por conducta indebida de la AFP, esta debe asumir a su cargo el deterioro de los bienes administrados, esto es mermas del capital destinado a la financiación de pensión de vejez, pago de mesadas pensionales en el RAIS o por los gastos de administración en que haya incurrido, los cuales deben ser cubiertos por las administradoras de su propio patrimonio, siguiendo las reglas del art. 963 del Código Civil, como se explica en sentencia 31989 de 2008, de la que cita aparte que considera ilustrativo, por lo que solicita expresar con claridad los conceptos específicos que se deben trasladar a Colpensiones, insiste en la revocatoria de la sentencia y absolver de todas las pretensiones.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar la decisión de primer grado, para lo que argumenta que en este asunto no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1508 de la misma obra, y si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es

que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. del C.C., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes preceptos para resolver un asunto en concreto; y finalmente el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, sin que **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARAN NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, descartándose la existencia de causal de nulidad del acto jurídico, pues la demandante realizó el cambio de régimen de forma libre y voluntaria, recibiendo previamente información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario, cumpliendo la AFP con la carga procesal impuesta, en la medida en que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada al RAIS producto de una decisión libre e informada, permitiendo los descuentos con destino al fondo privado, siendo inequívoca su voluntad de permanecer en ese régimen pensional, citando como sustento la sentencia con radicado 47236 del 06 de abril de 2016, sin que sea jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que se dio la afiliación, pues ello constituiría violación al debido proceso y a la confianza legítima, resultando forzoso concluir que la afiliada recibió información suficiente, sin que se preocupara por conocer aspectos para ella relevantes y que ahora echa de menos, pese a contar con distintos canales de atención.

A renglón seguido destaca que no se puede confundir la ineficacia con la nulidad absoluta y en consecuencia, atendiendo las orientaciones del artículo 1746 del Código Civil, no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las previstas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación,

debiéndose excluir de las restituciones lo relativo a cuotas de administración, como se explica por la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020.

Cita apartes de salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a sentencia de tutela 5912 del 13 de mayo del año en curso, peticionando analizar las circunstancias particulares del trámite, las que a su juicio exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos para la declaratoria de nulidad absoluta y tampoco para la ineficacia, cumpliendo la sociedad con la carga probatoria como lo refleja el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico y además no fue tachado ni desconocido en los términos de ley. Pide absolver a la AFP de las pretensiones incoadas en su contra.

El apoderado de Colpensiones trae a cita el contenido de los artículos 1502 y 1504 del Código Civil, y los conceptos de validez, existencia, nulidad absoluta, nulidad relativa e inexistencia e inoponibilidad, para a partir de ello referirse a la ineficacia del acto jurídico, estimando que a lo que se hace referencia en este asunto es una rescisión por nulidad relativa, pues se alega el error como vicio en el consentimiento, dando sustento a su dicho con la transcripción del artículo 1741 de la misma obra, insistiendo en que realmente se termina solicitando es la nulidad relativa del acto jurídico, pues encuentra satisfechas todas las características para ello, **prescribiendo esta luego de cuatro años de la celebración del respectivo negocio**, por lo que estaría saneada, lo que encuentra sustento en la seguridad jurídica, correspondiendo a la autoridad judicial corroborar si la parte actora tiene derecho a retornar al régimen de prima media, a pesar de haberse vinculado de manera libre y voluntaria al RAIS, lo que resulta imposible a partir de los dichos plasmados en la demanda, pues contó con la asesoría y diligencio formulario, por lo que termina

alegando su propia culpa, sin que de ello pueda sacar provecho, máxime cuando sobre el afiliado también recaen obligaciones establecidas en el Decreto 2241 del 2010, las que cita.

Agrega que la parte actora cimenta la ineficacia de la afiliación en la mala ejecución del deber de buen consejo y debida asesoría que tienen las AFP, situación que ubica al margen de la Litis a Colpensiones, por no haber tenido injerencia en ello, a lo que se suma la tesis de la línea jurisprudencial especializada, que deja en cabeza de las AFP la debida asesoría y buen consejo, trayendo a colación la sentencia C 086 de 2016, careciendo también Colpensiones de legitimación en la causa frente a las pretensiones principales del libelo demandatorio, debiéndose también tener valorar que la parte demandante, por voluntad propia y sin circunstancias que invaliden su actuar, fue quien decidió realizar su afiliación, situación que no puede ser asumida por la entidad administradora del RPM, teniendo además para el momento de traslado la capacidad de discernir cual régimen le era más favorable e igualmente la obligación de informarse. Cita precedente de otra Sala de esta misma Corporación, resaltando que permitir la movilidad entre regímenes a menos de 10 años de la edad para pensión quebrantaría la sostenibilidad financiera del sistema. Pide revocar la sentencia y en su defecto, adicionarla en relación con los rubros a restituir.

El apoderado del demandante, afirma que en el traslado al RAIS efectuado por este, no primó una manifestación espontánea de la voluntad, de manera consciente y libre, en tanto se omitió por el fondo privado la información clara y suficiente en torno a los pormenores de la pensión en el RAIS entre otros el capital que debía acumular; tampoco se le explicaron las subreglas para la liquidación de la mesada, la incidencia de factores como existencia de cónyuge o compañero permanente o hijos hasta 18 o 25 años, luego no fue suficientemente informado. Sobre el particular cita

precedente de la Sala de Casación la Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicaciones desde el año 2008, transcribiendo apartes que considera ilustrativos, haciendo además alusión a los conceptos a restituir, concluyendo que *no puede hablarse de un consentimiento informado, por cuanto al señor QUICENO HOYOS, la AFP PORVENIR S.A. le negó la posibilidad de acceder a un total conocimiento y comprensión de las características del régimen de ahorro individual, frente a las particularidades del RPM, en aplicación de los principios de transparencia, buena fe y libertad de información, omisión que no fue desvirtuada en juicio*, rogando la confirmación de la sentencia de primer grado.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados en los autos se tienen: la fecha de **nacimiento del demandante, 06 septiembre de 1960**, con afiliación al sistema pensional, régimen de prima media **el 1º de diciembre de 1981**, efectuando cotizaciones hasta el 31 de diciembre de **1999**, por un total de **937 semanas, con traslado al RAIS, AFP Porvenir S.A. el 26 de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1º de enero de 2000**, marcándose tal casilla en el correspondiente formulario, y en el espacio administradora anterior se indica el **ISS**, continuando a la fecha en la misma AFP.

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de la apelante y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, a la activación de la vinculación en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, con las correspondientes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden.

Inicialmente debe advertirse que contrario a lo afirmado por el apoderado de la **AFP al sustentar el recurso de apelación**, no es cierto que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 disponga que de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional conocen las autoridades administrativas, y menos cuando existe un precedente judicial ampliamente consolidado sobre el tema, pues lo que se atribuye a tales entes es la imposición de la multa en contra de quienes impiden la libre selección de régimen pensional, que no es lo que se debate en este asunto.

Frente al tema de fondo se tiene que reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008, en torno a la **carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información, sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras**, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, teniendo en cuenta que el tránsito ocurrió el 26 de noviembre de 1999**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, contenida entre otros en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto el contenido mínimo estaba circunscrito a la **ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales**, lo que supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, sin que se haya aportado medio de convicción sobre la **información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada, veraz, objetiva y transparente, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la**

época, por parte de la AFP, obligación de ilustración **que se debe brindar al momento de la vinculación inicial**, pues,

*...la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, **un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.** Ver, entre otras, sentencias SL1688-2019 y SL5704-2021.*

Y tampoco se infiere esta del formulario de afiliación, pues se requiere la acreditación efectiva de una información completa, clara, integral y oportuna acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y funcionamiento del RAIS, toda vez que tales formatos contienen datos básicos y generales del afiliado y, aunque traen pre impresa una declaración de voluntad, lo cierto es que, por ese solo hecho no es posible inferir que conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además no puede considerarse satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que el actor no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna. Además, por cuanto conforme al artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, por lo cual se insiste, no se agota solo con traer a colación los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, (ver sentencia SL843-2022).

Tampoco es posible, como se afirma por el recurrente, estimar improcedente la ineficacia por estar motivado el retorno al régimen público en la diferencia de la mesada, ni entender ratificada la permanencia en el RAIS por el transcurso del tiempo, movilidad entre administradoras (que para el caso ni siquiera se dio), o actos de relacionamiento, ni considerar lo manifestado por el demandante en interrogatorio sobre el conocimiento de algunos aspectos del RAIS, explicaciones que ya fueron expresamente analizados por la Sala de Casación Laboral en asuntos de similar naturaleza, a título de ejemplo basta citar lo explicado en sentencia SL1055 de 2022, en la se dijo:

... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora ... sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-

2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Por último, la quinta problemática está planteada desde lo fáctico. El censor controvierte que el Tribunal incurrió en un error manifiesto de hecho al valorar la demanda y su interrogatorio de parte, dado que de estas pruebas se concluía que las AFP demandadas no le entregaron información clara, cierta, comprensible, oportuna y, sobre todo, completa, de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del traslado de régimen pensional, situación que a su juicio se corrobora con los testimonios practicados y los demás elementos de prueba que no fueron valorados.

Pues bien, la Sala advierte que **para el Tribunal bastó la prueba de que hubo asesoría, simple y llana, esto es, que el actor afirmara en el interrogatorio de parte que recibió información acerca de los beneficios del régimen de ahorro individual, que obtendría «una mesada pensional igual o superior que en prima media con prestación definida y que en caso de que se fueran a retirar antes, les devolverían el capital».** Nótese que no se detuvo a verificar si esa información fue adecuada, si más que simplemente ofrecer una eventual mesada pensional superior era más conveniente presentar un marco de los riesgos y ventajas de cada régimen, sus formas y dinámicas de aplicación, condiciones de acceso, las decisiones que a futuro debían tomar para mejorar sus rendimientos y en el marco económico propio del RAIS, en suma, información suficiente, clara y transparente.

En el anterior contexto y de acuerdo a la orientación expuesta, el Tribunal cometió efectivamente la transgresión que le endilga la censura, pues la referida desatención le impidió advertir lo evidente, esto es, que los enunciados fácticos antes referidos eran plenamente indicativos de que la administradora de pensiones acudió a argumentos poco objetivos para captar a la afiliación del actor.

Y si bien el demandante afirmó que «no leyó el formulario» de afiliación, tal circunstancia, como se indicó, no corrobora que recibió información completa y detallada en los términos descritos, pues se insiste, este documento es insuficiente para acreditar el deber de información.

En esa medida, el ad quem se equivocó al atribuirle una confesión al accionante, pues desconoció que esta solo se genera cuando sus dichos

le producen consecuencias adversas o que favorecen a la contraparte - artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa del 145 del Estatuto Procesal Laboral-, lo cual no ocurrió en este asunto pues, se insiste, el deponente solo indicó que recibió asesoría y no que esta cumplía a plenitud el deber de información legal. De hecho, nótese que el propio Tribunal extrajo que «confesó que (...) realizó traslado entre las AFP pues esperaba obtener mejor asesoría», lo cual reafirma su error fáctico evidente en su valoración.

Estando la carga de la prueba de la información transparente y suficiente en cabeza de las AFP, porque:

- ***i)*** tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;
- ***ii)*** dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;
- ***iii)*** la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;
- ***iv)*** existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;

sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o que tenga un derecho pensional consolidado, y tampoco es posible imponerle la carga de investigar permanentemente su situación ante el sistema, ni se exonera por la obligación de conocer la ley, pues precisamente es **obligación** de las administradoras velar por la efectiva realización de sus derechos en la forma en que más le beneficie, al ser estas las entidades con el conocimiento técnico suficiente y contar con los elementos para brindar las debidas explicaciones. Y es que nótese que para el caso a estudio aunque se afirma por Porvenir S.A. que se dio una decisión informada manifiesta **no constarle la fecha de nacimiento del demandante, tampoco la afiliación al RPM, ni el número de semanas cotizadas, un total de 937 para el 31 de diciembre de 1999, momento en que se exigían 1.000 para la consolidación del derecho pensional, lo que ninguna advertencia generó por parte**

de la AFP, resultando evidente que no se cumplió con el análisis mínimo exigido por la normativa vigente; siendo la consecuencia de la inobservancia de tal deber, **la ineficacia del acto de traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993,** sin que la acción tendiente a obtenerla se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción **cuando se está ante afiliados** (ver sentencias SL4062-2021 y SL756-2022), y el efecto de tal sanción, que las cosas se retrotraigan al estado anterior a la celebración del acto viciado.

De acuerdo con ello y por ser el precedente vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, sin que existan razones para su variación, advirtiéndose que **en lo atinente a los rubros a devolver una vez declarada la ineficacia del acto de traslado, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, y la obligación de las AFP de asumir los valores descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima con su propio patrimonio,** surgen, entre otras, a partir de las sentencias **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021** reiteradas, entre otras en las **SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022.**

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización del asegurado(a), cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido vigente la vinculación, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"la devolución*

de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad.

Imponiéndose en consideración a lo anterior, **la confirmación de la decisión revisada**, pues dentro del saldo existente en la cuenta de ahorro individual, se encuentran depositados los aportes, rendimientos, frutos e intereses y expresamente la juez ordenó a la AFP restituir también los porcentajes aplicados a garantía de pensión mínima, cuotas de administración, seguros previsionales y fondo de solidaridad pensional, **debidamente indexados**, rubros estos que serán asumidos con cargo al patrimonio de la administradora, **restituciones que se harán** dentro de los **treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia tal como lo dispuso la primera instancia**, adicionándose que, al momento de cumplirse la orden impartida a la AFP los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una

libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos y actualización de los porcentajes deducidos por los conceptos ya indicados, se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación al RPM, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Ante el resultado adverso del recurso interpuesto se impone la condena en costas en esta instancia a las entidades apelantes (art. 365-1 del C. G. del P.), y a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000, a cargo de cada una.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Héctor Jaime Quiceno Hoyos**, contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, para indicar que al momento de cumplirse la orden impartida a la AFP en cuanto a las restituciones, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **En lo demás confirma.**

Ante el resultado adverso de los recursos interpuestos se impone la condena en costas en esta instancia a las entidades recurrentes, AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000oo a cargo de cada una y a favor del demandante.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado